

TRABALHO INTERMITENTE E OS DESAFIOS DA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

Amauri Cesar Alves*

RESUMO

A análise da aplicação das regras de trabalho intermitente no Brasil é tarefa relativamente simples. Não é difícil perceber quais foram as intenções do legislador da “Reforma Trabalhista” ao fixar as novas regras celetistas sobre o tema. Empregadores já aplicam as novas regras celetistas do trabalho intermitente, e empregados já sentem no bolso as consequências da inovação. Em sentido contrário é bastante complexa a tarefa de estabelecer um conceito técnico-jurídico claro sobre o que seja, no direito brasileiro, contrato de trabalho intermitente. O presente estudo dedicar-se-á à tarefa da conceituação jurídica, que, em síntese, considera que contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

Palavras-chave: Intermitente. Contrato. Emprego. Reforma Trabalhista.

I. INTRODUÇÃO

A análise da aplicação das regras de trabalho intermitente no Brasil é tarefa relativamente simples. Perceptíveis e imagináveis as consequências do novo contrato, visto que o debate é amplamente presente na imprensa. É simples perceber quais foram as intenções do legislador da “Reforma Trabalhista” ao fixar as novas regras celetistas sobre o tema. Empregadores já aplicam as novas regras celetistas do trabalho intermitente, e empregados já sentem no bolso as consequências da inovação. Em sentido contrário é complexa a tarefa de estabelecer um conceito técnico-jurídico claro sobre o que seja, no direito brasileiro, contrato de trabalho intermitente. O presente estudo dedicar-se-á à tarefa da conceituação jurídica.

* Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (Graduação e Mestrado). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

Antes de estabelecer um conceito técnico de contrato de trabalho intermitente, será necessário compreender em que contexto sociopolítico se insere a nova legislação trabalhista, que é fruto da ruptura democrática havida no Brasil em 2016 e que mais impactos nocivos ainda trará ao povo brasileiro. Em seguida haverá a análise do trabalho intermitente na doutrina estrangeira e brasileira, ainda que não haja por aqui, exatamente e por enquanto, uma conceituação clara do instituto. Não há como buscar uma conceituação para o contrato de trabalho intermitente no Brasil sem tentar compreender seus contornos normativos fixados pela Lei n. 13.467/2017, muito embora não tenha o legislador ajudado muito na tarefa que aqui será desenvolvida. Antes de estabelecer conceitos, diante do cenário normativo atual, será imprescindível compreender os contornos jurídicos de contratos outros, que se aproximam da ideia de intermitência, até para que se possa definir aquilo que o novo instituto não é. Também relevante explicitar quais foram, para a prática contratual cotidiana, as pretensões dos detentores do poder econômico no Brasil e de seus prepostos ao regulamentar o trabalho intermitente, até mesmo para que seja possível, pela via da interpretação, apresentar caminhos de resistência. Somente depois de implementadas as condições preliminares aqui sinalizadas, será possível sugerir um conceito técnico-jurídico do que seja trabalho intermitente no Brasil após a “Reforma Trabalhista”.

II. TRABALHO INTERMITENTE NA DOUTRINA

Antes de tentar estabelecer o conceito jurídico de contrato de trabalho intermitente no Brasil, sobretudo pós-“Reforma Trabalhista”, é importante compreender como a doutrina aborda o tema. De início serão trazidos conceitos de direito estrangeiro, pois, mais uma vez, o Brasil “importou”, por encomenda patronal, inovações legislativas de outros países. Em seguida, as primeiras análises doutrinárias sobre o trabalho intermitente em decorrência do disposto na Lei n. 13.467/2017.

Na Espanha o contrato intermitente é previsto e definido no artigo 16 do Estatuto dos Trabalhadores como “fixo descontínuo”. Estabelece o item 1 da regra citada que se trata de contrato por tempo indeterminado que se estabelece para a realização de trabalhos que tenham a característica de serem fixos e descontínuos e que não se repetem em datas certas, dentro do volume normal de atividade da empresa. Segue o dispositivo ao fixar que, no caso de trabalho descontínuo que se repete em datas certas, é aplicável o regulamento do contrato a tempo parcial, celebrado por tempo indeterminado.¹ O contrato, formal e escrito, deverá indicar a duração estimada da atividade, bem como, de modo também indicativo, a jornada estimada e os horários de trabalho. A lei remete a regulamentação dos contratos intermitentes à

¹ Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em: 29 nov. 2017.

negociação coletiva, que deverá fixar a forma de chamada ao trabalho.² O trabalho “fixo descontínuo” é aquele que é reiterado de forma cíclica e intermitente, não devendo ser confundido com o trabalho eventual, ou por obra, ou por tempo determinado.³

Em Portugal o contrato intermitente é previsto e definido nos artigos 157º a 160º do Código do Trabalho. Importante destacar, de início, que a primeira definição, do artigo 157º do Código do Trabalho, concentra a intermitência na atividade exercida pela empresa: “Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade.”⁴ O trabalhador tem direito a receber pelo menos 20% da retribuição base em razão do período de inatividade, conforme regra do artigo 160º do Código do Trabalho: “Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.”⁵ Pedro Romano Martinez define o trabalho intermitente:

Sempre que a atividade na empresa tenha desconformidades temporais ou variação de intensidade, pode acordar-se que a prestação de trabalho seja intercalada por períodos de inatividade. No fundo, em vez do paradigma do trabalho de cinco dias por semana e oito horas por dia com intervalo de descanso, pode ajustar-se que os períodos de atividade são interrompidos por períodos de inatividade. Os períodos de inatividade podem ser prolongados, de dias, semana, etc., muito comum em atividades sazonais, ou curtos de horas, caso em que a prestação de trabalho é interpolada em cada dia.⁶

André Almeida Martins destaca a distinção legal, no direito português, entre duas submodalidades de trabalho intermitente: o trabalho alternado e o trabalho a chamada:

A flexibilidade proporcionada por este novo instrumento do ordenamento jurídico-laboral resulta em grande medida daquilo que se pode caracterizar como as duas espécies ou submodalidades que o trabalho intermitente assume no CT 2009. Com efeito, resulta do regime dos artigos 158.º a 160.º do CT 2009 que o modelo de contrato de trabalho intermitente introduzido pelo legislador comporta quer o designado trabalho alternado, quer o trabalho à chamada, duas espécies de um mesmo género que apresentam diferenças significativas quer a nível do específico regime jurídico, quer sobretudo a nível

² Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em: 29 nov. 2017.

³ MONTOYA, Alfredo Melgar. *Derecho del trabajo*. 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

⁴ Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>

⁵ Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>

⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 520.

da dinâmica entre flexibilidade e repercussão das relações laboral na esfera da vida privada do trabalhador.

No n.º 1 do artigo 159.º do CT 2009 é delineada a distinção entre estas duas submodalidades do trabalho intermitente, na medida em que, por um lado, se permite que as partes estabeleçam no contrato “a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado”, definindo também “o início e termo de cada período de trabalho”, assim optando pela submodalidade do trabalho alternado, ou então, por outro lado, e num registo de maior flexibilidade e incerteza, escolham antes a “antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele”, o que caracteriza o núcleo essencial do chamado trabalho à chamada.⁷

No primeiro caso (trabalho intermitente alternado), há maior previsibilidade, pois a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa, o que comparativamente mais se assemelha, no Brasil, à contratação a termo prevista na alínea “a” do § 2º do artigo 443 da CLT. No segundo caso (trabalho intermitente à chamada), há maior imprevisibilidade, havendo o chamado ao trabalho de acordo com a necessidade do empregador.

O Reino Unido, consoante juristas brasileiros, parece ser o modelo para o trabalho intermitente escolhido pela “Reforma Trabalhista”. Lá é reconhecido como “contrato zero hora” e está previsto no artigo 27A do *Employment Rights Act 1996*, “com características de inexistência de garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário”.⁸ Lorena de Mello Rezende Colnago informa que a maior parte do trabalho intermitente no Reino Unido é desenvolvida por jovens com menos de 25 anos e por idosos acima dos 65. A imensa maioria dos trabalhadores, segundo a autora, tem no trabalho intermitente uma forma de complementação de renda e não a sua única contratação de trabalho.⁹

No Brasil, anteriormente ao PL 6.787/2016, que deu origem à Lei 13.467/2017, há poucos estudos sobre o trabalho intermitente. Sendo assim, segue, desde já, a análise doutrinária decorrente da “Reforma Trabalhista”, para que se construa, posteriormente, conceituação própria para fins do presente estudo e, principalmente, para que se estabeleçam características e distinções entre o contrato de trabalho intermitente e outras formas de pactuação laborativa empregatícia.

Dos diversos estudos publicados em livros e revistas científicas sobre a “Reforma Trabalhista”, em poucos casos houve conceituação sobre o que é juridicamente trabalho

⁷ Disponível em: <https://iconline.iplleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>

⁸ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo. *Revista LTr*. 81-09, p. 1.087.

⁹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo. *Revista LTr*. 81-09, p. 1.087.

intermitente. Na maior parte das publicações, verifica-se uma análise de consequências práticas, ou seja, restrita à explicação de como é que se dará a contratação de trabalho intermitente, pois, conforme será visto adiante, as regras trazidas inicialmente pelo legislador em 13/07/2017 dificultam, e muito, uma tarefa conceitual.

De início a compreensão de Homero Batista Mateus da Silva sobre o contrato de trabalho intermitente como um cadastro de empregados: “A ideia do art. 452-B nada mais é do que a elaboração de um cadastro com os dados do empregado para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado.”¹⁰ Tal ideia inicial mostra a face precarizante do contrato que, de fato, não garante nem trabalho, nem salário.

Luciano Dalvi Norbim entende que o trabalho intermitente “é aquele em que o empregado fica à disposição do empregador e realiza os serviços contratados sempre que for necessário. O trabalho intermitente é assim chamado porque a prestação dos serviços é descontínua.”¹¹

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado compreendem o trabalho intermitente, em interpretação “lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput*, e seus parágrafos e incisos”¹², não como uma nova modalidade contratual celetista, mas, sim, como uma nova modalidade de salário por unidade de obra ou salário-tarefa, o que, por representar resistência à interpretação gramatical da regra legal, merecerá análise em item específico.

De fato ainda é cedo para se perquirir acerca de uma doutrina justralhista brasileira sobre o trabalho intermitente. O que se espera é que tal construção doutrinária contemple sempre os direitos fundamentais do trabalhador, os princípios de Direito do Trabalho e as regras de proteção social construídas no país ao longo das últimas décadas.

III. A LEI N. 13.467/2017 E O TRABALHO INTERMITENTE

Conforme anteriormente exposto, o trabalho intermitente é fruto da “Reforma Trabalhista” estabelecida pela Lei n. 13.467/2017. Imediatamente após a entrada em vigor da citada lei, visto o trabalho açodado, mal feito e incompleto, resolveu o presidente da República editar Medida Provisória para acrescentar dispositivos às regras celetistas do trabalho intermitente, com os seguintes argumentos:

Contrato de trabalho intermitente

¹⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

¹¹ NORBIM, Luciano Dalvi. *Reforma trabalhista ao seu alcance*. Belo Horizonte: Líder, 2017. p. 41.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. p. 155.

10.10 Para melhor definir os elementos que caracterizam o regime de contratação de trabalho intermitente, propõe-se alterar o art. 452-A e incluir os arts. 452-B a 452-H ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, para não restar dúvida quanto às diferenças desta forma de contratação das demais já previstas na legislação, como o contrato por prazo indeterminado, o contrato com jornada parcial e o contrato temporário.

10.11 O art. 452-A estabelece que o contrato de trabalho intermitente deverá ser celebrado por escrito e registrado em carteira de trabalho, ainda que previsto em acordo ou convenção coletiva, e estabelece também integrantes básicos deste contrato de trabalho, como identificação, valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, as parcelas integrantes do pagamento imediato (remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais), dentre outros dispositivos.

De qualquer modo, a MPV 808/2017 não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, sendo agora apenas referência histórica sobre o trabalho mal feito pelos legisladores ordinários da Reforma Trabalhista.

III.1. Os desafios da conceituação jurídica a partir das regras da “Reforma Trabalhista”

A conceituação técnico-jurídica do contrato de trabalho intermitente é ainda um desafio. Tanto é que o legislador ordinário precisou contar com a “ajuda” do legislador presidencial para tentar ajustar sua conformação, o que, ao final, não se deu em razão de não terem sido as regras da MPV 808/2017 convertidas em legislação ordinária celetista. Ocorre que ambos os legisladores, ordinário e presidencial, não sabem exatamente o que fazem, competindo aos intérpretes do Direito do Trabalho tentar dizer o direito.

A primeira aproximação do intérprete com a norma se dá pelo texto.¹³ Intermitente, para HOUAISS, é situação “em que ocorrem interrupções; que cessa e recomeça por intervalos; intervalado, descontínuo.”¹⁴ Assim, em uma primeira ideia, caso seja vista como constitucional a nova regra, deve-se compreender que intermitente é o trabalho que cessa e recomeça diversas vezes, alterando períodos de prestação de serviços e de inatividade.

¹³ Análise inicialmente empreendida por ALVES, Amauri Cesar; BASTOS, Angélica Júlia Araújo; CARNEIRO, Jacksely. Definição de Trabalho Intermitente. In: ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (org.) *Reforma trabalhista: comentários à lei 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017. p. 100.

¹⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.434.

O problema é que o conceito do legislador, fixado no § 3º do artigo 443 da CLT, é ininteligível do ponto de vista justralhista. Dizer que intermitente é o contrato que alterna períodos de prestação de serviços e períodos de inatividade é não dizer absolutamente nada. Em tese todo e qualquer trabalho empregatício, nos termos até aqui expostos, é intermitente. Em regra há labor por 8 horas e inatividade nas próximas 16 horas, aproximadamente, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em horas”. Da mesma forma há labor em 5 ou 6 dias, seguidos de intervalo de 24 horas por semana, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em semanas”. Há labor em 11 meses com 1 mês de intervalo (férias), já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em meses”. Ora, sendo assim, não é possível fixar um conceito técnico-jurídico claro, lógico, novo e coerente com o sistema justralhista brasileiro se o parâmetro for somente a alternância entre períodos de trabalho e de inatividade.

Na busca por melhor definir o que seja trabalho intermitente, o legislador presidencial, em medida provisória em que se abandonou toda e qualquer técnica, trouxe conceituação de períodos de inatividade que é pura tautologia: “[...] considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços”. A regra do *caput* do artigo 452-C da CLT fixava, então, que o período de inatividade é o período em que não há atividade! Feliz ou infelizmente os termos da MPV 808/2017 não mais vigoram.

O conceito apresentado no § 3º do artigo 443 da CLT, como visto, apresenta problemas. O primeiro deles é o termo “continuidade”. O conceito de continuidade que há historicamente no Direito do Trabalho brasileiro se refere ao vínculo empregatício doméstico. É critério objetivo ligado à quantidade de dias trabalhados na semana. A ideia de continuidade trazida pelo legislador reformador é diferente da continuidade no âmbito doméstico e também é diferente do critério da não eventualidade celetista, uma vez que o trabalho intermitente se dá no âmbito do emprego celetista.

A difícil fixação de um conceito é que se trata de um contrato de emprego celetista, que é não eventual por definição, ou seja, é comum, corriqueiro, esperado e ordinário que haja necessidade do trabalho. Mas a prestação laborativa depende de um prévio chamado do empregador para que se dê, havendo alternância de períodos de prestação de serviços com períodos de inatividade, sendo desconhecido o lapso de inatividade suficiente para a caracterização da intermitência, como já foi dito e adiante será revisto.

Se constitucional se entenderem as regras celetistas sobre tal nova modalidade contratual, o que aqui não se defende, deve-se reconhecer, de início, que o trabalho intermitente é aquele em que não há previsibilidade do momento exato da necessidade do

trabalho, embora seja esta algo comum, corriqueiro, ordinário, ou seja, não eventual. É necessário, então, compatibilizar não eventualidade com intermitência.

Há aqui, então, de início, dificuldade quase intransponível de se estabelecer conceito técnico-jurídico claro para o trabalho intermitente tendo por base somente a letra da lei. Será necessário, em um panorama de pouca lógica inaugurado pela “reforma”, inverter a ordem da análise. Haverá, adiante e de início, tentativa de identificar o que o trabalho intermitente não é, para depois se estabelecer quais são as pretensões do legislador na aplicação prática do instituto e, em contrapartida, quais são as respostas de resistência, para somente por último buscar estabelecer um conceito.

III.2. Trabalho em tempo parcial, trabalho temporário e contrato por tempo determinado

Na tentativa de se sugerir um conceito juridicamente claro sobre o que é trabalho intermitente no Brasil, é necessário, antes, estabelecer distinções entre outras formas de pactuação de trabalho que lhe são próximas. Assim, é necessário estabelecer o que o trabalho intermitente não é, sob pena de se imaginar que o legislador foi redundante na construção do novo instituto. Assim, no presente estudo são relevantes o trabalho em tempo parcial, o trabalho temporário e o contrato por tempo determinado.

De início o trabalho em tempo parcial. Conforme estabelecido inicialmente na Década Neoliberal¹⁵, o contrato em tempo parcial pressupõe necessidade de trabalho em patamares reduzidos, o que permitiria, nos termos da CLT, o pagamento de salário proporcional à jornada ou disponibilidade semanal de trabalho. Atualmente a regra do artigo 58-A da CLT permite absurdas 32 horas semanais de trabalho “parcial”. É possível ao empregador contratar, depois da “Reforma Trabalhista”, trabalho em tempo parcial de 30 horas por semana sem exigência de horas extras ou de até 26 horas, oportunidade em que poderá exigir até 06 horas extraordinárias semanais.¹⁶ Aqui, diferentemente do que acontece com o trabalho intermitente, o empregador tem necessidade regular de trabalho, havendo fixação de jornadas e horários fixos, sem alternâncias significativas durante a prestação laborativa. Não há incertezas quanto ao momento da necessidade da presença do empregado. Sendo assim, o contrato de trabalho intermitente tem que ser estrutural e conceitualmente diferente do contrato de trabalho em tempo parcial, sob pena de se concluir pela redundância da lei brasileira.

¹⁵ Sobre a Década Neoliberal no Brasil, que guarda relação direta com o atual momento político e econômico, veja exemplificativamente CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

¹⁶ Nova redação dada pela Lei n. 13.467/2017. A regra celetista anterior previa limite de 25 horas semanais.

O trabalho temporário, que pressupõe terceirização, tem previsão legal na Lei n. 6.019/1974, com redação fixada pelas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, ambas no contexto da “Reforma Trabalhista”. Percebe-se facilmente da regra do *caput* do artigo 2º da Lei n. 6.019/1974 quais são os contornos jurídicos do instituto: “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”. Importante destacar que cuidou o legislador reformador de especificar o que é “demanda complementar de serviços”, trazendo expressão que exigirá análise mais detida. A regra é a do novo § 2º do artigo 2º da Lei n. 6.019/1974: “Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.” Há, portanto, duas possibilidades de caracterização da demanda complementar de serviços: fatores imprevisíveis e fatores previsíveis. Os fatores imprevisíveis são aqueles que o contratante (tomador dos serviços) não poderia esperar ou prever. São extraordinários e, para responder à demanda complementar, poderá o contratante se valer de mão de obra terceirizada. Os fatores previsíveis são aqueles em que há necessidade de um número maior de trabalhadores do que o ordinário, mas dentro de uma previsão já feita pelo contratante. Em tal situação fixou o legislador a possibilidade de ser a demanda complementar previsível, porém intermitente¹⁷, ou seja, durante um dado lapso temporal (um ano, exemplificativamente) há épocas em que, de modo esperado na atividade econômica, há demanda complementar de serviços, podendo o contratante terceirizar a prestação laborativa. Assim, o que justifica a terceirização de trabalho temporário é a necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou uma demanda complementar de serviços. Há aqui também, excetuada a situação de demanda complementar por fator imprevisível, previsibilidade quanto ao início e término da necessidade da mão de obra temporária, não havendo também incertezas. Sendo assim, o contrato de trabalho intermitente tem que ser estrutural e conceitualmente diferente do trabalho temporário para substituição de pessoal e para demanda complementar previsível. A diferenciação não deve ficar somente na dualidade relação trilateral x relação bilateral, mas, sim, ter por referência o motivo ensejador da contratação.

O contrato por tempo determinado celetista tem também motivações claras e específicas previstas nas regras das alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º do artigo 443 da CLT. Trata-se, histórica e indubitavelmente, de modalidade contratual trabalhista excepcional, em que as partes conseguem, já no momento da contratação, antever seu marco final. As possibilidades celetistas de contratação a termo são três, portanto: serviço cuja natureza ou transitoriedade

¹⁷ Não parecem ser coincidentes os contornos jurídicos da intermitência fixados na Lei n. 6.019/1974 e na CLT.

justifique a predeterminação do prazo, atividades empresariais de caráter transitório e contrato de experiência. Sendo assim, o contrato de trabalho intermitente tem que ser estrutural e conceitualmente diferente do contrato celetista de trabalho por tempo determinado, sob pena de se concluir pela redundância da lei brasileira.

A conceituação técnico-jurídica de trabalho intermitente deverá considerar o que há de correlato na legislação brasileira, para que não haja redundâncias, repetições e inconsistências, com o cuidado de se estabelecer uma ideia que se mostre em conformidade com o sistema justralhista, não só por suas regras, mas, também e talvez principalmente, por seus princípios.

III.3. Trabalho intermitente e aplicação prática: a pretensão dos detentores do capital

Muito embora seja difícil extrair das regras legais celetistas sobre o trabalho intermitente uma conceituação clara e objetiva em perspectiva técnico-jurídica, é muito simples compreender como espera o legislador a sua implementação prática nos contratos de emprego. Tal facilidade decorre do cenário sociopolítico em torno da Lei n. 13.467/2017, que indica a precarização das condições de trabalho, de emprego e de vida do trabalhador brasileiro.

O problema do contrato de trabalho intermitente, ao contrário do seu conceito, é muito claro: há relação de emprego, formalmente registrada em CTPS, mas sem garantia do pagamento de nenhum valor ao final de um mês. É o contrato de salário zero ou contrato zero hora. O empregador poderá ficar horas, dias, semanas, meses sem demandar trabalho, ficando o empregado, no mesmo período, aguardando um chamado sem receber salário. Trata-se claramente de se dividir os riscos do empreendimento com o empregado, sem que ele participe, obviamente, dos lucros.

A pretensão dos detentores do capital no Brasil, bem como de seus prepostos alojados nos três poderes da República, é reduzir o custo do trabalho em detrimento da classe trabalhadora e da Constituição da República. A ideia é pagar salário apenas e especificamente por trabalho efetivamente entregue, sem preocupação em remunerar qualquer período de inatividade. Trata-se de uma tentativa grave de ruptura dos paradigmas protetivos do trabalho contra os abusos do capital, o que certamente ensejará o empobrecimento da classe trabalhadora e, conseqüentemente, de todo o país.

Conforme visto, a pretensão do legislador é criar um contrato de trabalho em que, muito embora haja emprego celetista formal (artigo 452-A da CLT), há como regra geral a ruptura

com características historicamente consagradas, conteúdos básicos e elementos constitutivos presentes nos contratos de emprego até então.

De início a pretensão de descaracterização do contrato de emprego. Mauricio Godinho Delgado, dentre outros autores¹⁸, define como características do contrato de emprego, dentre outras, ser sinalagmático, consensual, de trato sucessivo e dotado de alteridade.¹⁹ A Lei n. 13.467/2017, no que concerne ao trabalho intermitente, pretende descaracterizar o contrato de emprego ou pelo menos atenuar todas as características acima citadas.

O caráter sinalagmático do contrato pressupõe reciprocidade nas obrigações contratuais das partes, o que resulta em um “equilíbrio formal entre as prestações onerosas”²⁰. Ora, ao estabelecer o legislador que somente haverá trabalho e salário se houver chamado do empregador, as obrigações contratuais recíprocas praticamente desaparecem durante os períodos de inatividade, visto até mesmo que pode o empregado recusar a oferta de trabalho.

O caráter de contrato consensual, no sentido de que a avença de emprego pode ser tácita, informal e sem solenidades ou manifestações expressas de vontades, atenua-se no trabalho intermitente, que será celebrado por escrito e registrado na CTPS.

O trato sucessivo como característica dos contratos de emprego em geral não se verifica plenamente no trabalho intermitente, até mesmo por definição literal do texto da lei. Nos contratos de emprego em geral, “[...] as prestações centrais desse contrato (trabalho e verbas salariais) sucedem-se continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se, seguidamente, ao longo do prazo contratual.”²¹ O trabalho intermitente pressupõe exatamente o contrário, pois a CLT determina que os períodos de indisponibilidade não serão considerados tempo à disposição e não serão, conseqüentemente, remunerados. Há, então, ausência de sucessividade nas prestações centrais do contrato.

Nos termos anteriormente expostos, o trabalho intermitente também rompe com a característica da alteridade, que é comum nos contratos de emprego em geral. Aqui a pretensão do legislador é que a prestação laboral não se dê mais por conta exclusiva do empregador, que somente se vale da força de trabalho quando quer, sem se preocupar com o trabalhador ou com o contrato quando isso não lhe interessar. O contrato, nos termos pretendidos pelo capital, reduz o trabalhador à coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender. Quando não estiver sendo usado, ficará o empregado recolhido à sua insignificância. Nada mais antitético à ideia de alteridade.

¹⁸ Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar. *Direito do trabalho essencial*. São Paulo: LTr, 2013.

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo, LTr, 2017.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo, LTr, 2016. p. 563.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo, LTr, 2016. p. 564.

A Lei n. 13.467/2017, naquilo que pretendem os detentores do poder e no que diz respeito ao trabalho intermitente, pretende até mesmo alterar a morfologia do contrato de emprego, ao desconstruir elementos constitutivos do pacto celetista. Quatro elementos naturais do contrato estão comprometidos. Mauricio Godinho Delgado leciona que os elementos naturais do contrato são “[...] aqueles que, embora não se caracterizando como imprescindíveis à própria formação do tipo contratual examinado, tendem a comparecer recorrentemente em sua estrutura e dinâmica concretas.”²² Possível identificar, a partir da conceituação trazida, quatro elementos naturais dos contratos de emprego em geral: jornada, local, tarefas e contraprestação.

A previsão de jornada ou disponibilidade semanal de trabalho não é mais elemento natural do contrato, pois nem o empregador, nem o empregado necessariamente sabem, de antemão, qual será a necessidade de trabalho em um dia, semana, quinzena ou mês.

O mesmo se dá com o local de trabalho. Era natural que o empregado, até a “Reforma Trabalhista”, desempenhasse sua prestação laborativa cotidianamente em um mesmo local ou, pelo menos, tivesse um local-base como referência de sua prestação laborativa. Agora não sabe o empregado, necessariamente, nem quando, nem onde terá seu trabalho utilizado pelo empregador.

Pode haver situação de intermitência em que o empregado não sabe sequer exatamente quais tarefas terá que cumprir. A imprevisibilidade e a inconstância poderão ensejar a contratação de trabalhadores intermitentes multitarefas, ou sem tarefas previamente definidas, já que o que moveu boa parte do empresariado no caminho da nova forma de contratação foi a necessidade de regularização do “bico”, o que também precariza a contratação de emprego, ainda que formalmente.

Conforme anteriormente exposto, a cláusula contratual de contraprestação pelo trabalho, ainda que contratada por produção ou por tarefa, sempre permitiu ao empregado prever razoavelmente a expressão final de sua remuneração mensal. Daí se dizer que contraprestação é elemento natural dos contratos de emprego em geral. Ocorre que o trabalhador intermitente não poderá sequer prever qual será a expressão final da sua remuneração mensal, dada a imprevisibilidade que deve ser a marca da intermitência.

III.4. Trabalho intermitente e resistências na aplicação contratual

Desde a edição do PL 6787/2016, posteriormente PLC 38/2017, os estudiosos do Direito do Trabalho tentam compreender a “Reforma Trabalhista”, agora nos termos da Lei n. 13.467/2017 e anteriormente também em conformidade com a MPV 808/2017, com o objetivo

²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo, LTr, 2016. p. 575.

de apresentar resistências interpretativas aos desmandos e desmanches pretendidos pelos detentores do poder econômico no Brasil. Muitos e louváveis foram os esforços empreendidos até aqui, com destaque para a Academia, para a Ordem dos Advogados do Brasil, para o Ministério Público do Trabalho e para parte considerável da Magistratura.

A análise aqui empreendida sobre a resistência será restrita ao tema do trabalho intermitente e poderia ser perfeitamente resumida em um único ponto: a necessidade de pagamento de salário mínimo mensal ao trabalhador intermitente independentemente de ser ou não chamado ao trabalho e de quantas horas dispõe ao contrato, respeitado o limite constitucional. Tal medida tem respaldo constitucional na melhor interpretação do disposto no artigo 7º, incisos IV e VII, que deve ser feita à luz de princípios também constitucionais como valorização social do trabalho e dignidade da pessoa humana. A compreensão é simples: se o trabalhador intermitente for remunerado conforme preceitua a Constituição da República (e não conforme historicamente decidia o TST), não haverá precarização na contratação, pois o patamar civilizatório mínimo estará preservado, visto o efeito expansionista circular do salário, que se irradiará para outros direitos (férias, 13º salário, INSS, FGTS etc.).

Infelizmente o TST tem responsabilidade, ainda que indireta, na construção normativa do trabalho intermitente realizada pela “Reforma Trabalhista”. O TST firmou o entendimento de que o salário mínimo legalmente fixado leva em conta o padrão ordinário de disponibilidade de trabalho, de modo que, em jornadas (e disponibilidades semanais) menores, possível é a contraprestação mínima proporcional.²³

Bem verdade que os diplomas normativos que fixam o salário mínimo o fazem tomando em conta não só o parâmetro mensal, mas também o diário e o horário. Não se ignora ser razoável a contratação em regime de tempo parcial, que consubstanciou o entendimento jurisprudencial até então, ou mesmo, em última análise, a contratação de trabalho intermitente. O que não se pode entender razoável é servir a contratação de trabalho intermitente como forma de precarização da contratação de emprego. Em síntese, é possível contratação em tempo parcial ou intermitente, com disponibilidade de trabalho reduzida, mas não pode ser constitucional pagamento de salário inferior ao mínimo mensal.

Salário mínimo mensal, sem a proporcionalidade da regra infraconstitucional, “[...] fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas [...]” do trabalhador “[...] e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”²⁴, é conteúdo essencial do patamar mínimo

²³ Sobre o tema veja: ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária*. Ano XXIX, n. 338, ago./2017. p. 47-74.

²⁴ Constituição da República, artigo 7º, inciso IV. É preciso reconhecer que o conteúdo citado ainda está longe de ser integralmente efetivado, mas, nos últimos anos (2003-2016), houve, de modo inequívoco, políticas públicas que privilegiam

e expressão básica do princípio da proteção. Permitir ao empregador contratar emprego com remuneração (ainda que proporcional ao salário mínimo hora) inferior ao fixado como mínimo mensal não respeita os fundamentos da República.²⁵

Diante de tal compreensão é possível afirmar que é forma de resistência às normas precarizantes da CLT reformada, no que concerne ao trabalho intermitente, a aplicação plena do disposto nos incisos IV e VII do artigo 7º da Constituição da República, que obviamente se sobrepõem à regra legal celetista. É imperiosa a efetivação do direito de todo e qualquer trabalhador receber pelo menos um salário mínimo mensal em razão do contrato, e não em razão do efetivo trabalho.

Quando da tramitação do Projeto de Lei da “Reforma Trabalhista” no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil advertiu expressamente os responsáveis pela produção legislativa nacional sobre as inconstitucionalidades havidas na regulamentação do trabalho intermitente:

[...] trata-se de instrumento de precarização relativamente ao paradigma empregatício vigente, pois, notoriamente, o que se visa é a satisfação da demanda empresarial, ficando clara a chamada coisificação da pessoa humana [...]. Assim a inconstitucionalidade mostra-se na afetação de direitos previstos na Constituição Federal, pois somente serão fruíveis a partir de determinada carga laboral, como, por exemplo, as férias e o décimo terceiro salário, os quais só serão devidos a partir de 15 dias trabalhados no mês. Sendo assim, em razão da possibilidade de limitação ao exercício de tais direitos e garantias mínimas, entende-se a afronta ao texto constitucional, previsto no art. 7º, IV e VIII. De outro modo, ainda existe evidente precarização das relações de trabalho, ferindo assim o *caput* do art. 7º da Constituição Federal – princípio do não retrocesso social. Por outro lado, os profissionais submetidos a essa modalidade contratual não terão a garantia de receber os valores referentes ao salário mínimo legal nacional, tendo em vista sua jornada totalmente fragmentada, podendo este empregado trabalhar meio período, integral ou algumas horas semanais, conforme a boa vontade e necessidade do empregador.²⁶

Assim, outra estratégia interpretativa de resistência é a do reconhecimento da inconstitucionalidade das novas regras celetistas que regulamentaram o trabalho intermitente

uma aproximação da promessa constitucional com a realidade do cidadão trabalhador. Tal iniciativa governamental, entretanto, resulta menos efetiva nos contratos a tempo parcial.

²⁵ As ideias aqui reafirmadas foram publicadas em 2013, em ALVES, Amauri Cesar. Função capitalista do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*. ano 77, setembro de 2013. São Paulo: LTr, 2013. p. 1.067-1.082.

²⁶ Nota Técnica - Reforma Trabalhista. Alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Relações de Trabalho. Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (Câmara dos Deputados). Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017 (Senado Federal) enviada pela Presidência do Conselho Federal da OAB. Memorando n. 059/2017-GPR a Comissão Relatora do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista.

no Brasil, seja por agressão direta ao disposto no artigo 7º, incisos IV e VIII da Constituição da República, seja por inobservarem os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV).

Após a publicação da Lei 1n. 3.467/2017 e anteriormente à edição da Medida Provisória 808/2017, sugeriu a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) possibilidades de interpretação das regras celetistas sobre o trabalho intermitente.

De início o Enunciado n. 74 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA:

74. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR, RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL.²⁷

As conclusões da Anamatra coincidem, naturalmente, com o anteriormente exposto acerca da prevalência da norma constitucional do salário mínimo (artigo 7º, inciso IV), com a salutar inclusão do necessário respeito ao salário profissional, normativo, convencional ou piso regional.

O Enunciado 73 traz tese de inconstitucionalidade das regras celetistas sobre o trabalho intermitente:

73. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: INCONSTITUCIONALIDADE. É INCONSTITUCIONAL O REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO NO ART. 443, § 3º, E ART. 452-A DA CLT, POR VIOLAÇÃO DO ART. 7º, I E VII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E POR AFRONTAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR AOS LIMITES DE DURAÇÃO DO TRABALHO, AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ÀS FÉRIAS REMUNERADAS.²⁸

Aqui a associação dos magistrados do trabalho afirma a inconstitucionalidade não só nos termos anteriormente expostos, mas, também, por permitir no contrato de trabalho intermitente

²⁷ Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/>.

²⁸ Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/>.

a supressão, na prática, do pagamento de 13º salário e da concessão e pagamento das férias, o que também contraria normas constitucionais sociais trabalhistas.

Por fim, os Professores Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado também apresentam tese interpretativa de resistência, conforme anteriormente sinalizado, no sentido de que o legislador não estabeleceu uma nova modalidade de contrato de trabalho, mas, sim, mais uma modalidade de salário por unidade de obra. Estrategicamente a tese dos professores mineiros poderá ser mais exitosa do que as demais, pois contempla as ideias anteriormente aqui destacadas sem romper drasticamente com a jurisprudência já consolidada:

A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput* e seus parágrafos e incisos diversos, conduz, naturalmente, a resultado interpretativo diverso.

O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo a convocação feita por esse empregador.

Tratando-se, pois, de salário por unidade de obra ou de salário-tarefa, tem o empregado garantido, sem dúvida, o mínimo fixado em lei (salário mínimo legal), em periodicidade mensal. É o que assegura a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 78, *caput* e parágrafo único, CLT); com mais clareza, a propósito, é o que assegura também a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 7º, VII.

[...]

Ou seja: em conformidade com o Direito do Trabalho, quer por preceitos da CLT (art. 78, *caput* e parágrafo único), quer por preceito constitucional (art. 7º, VII), é assegurado aos empregados que percebam remuneração variável, a garantia de salário nunca inferior ao mínimo legal – ou seja, o salário mínimo imperativo vigente no País durante a existência do respectivo contrato de trabalho.

Essa garantia constitucional, aliás, é reconhecida por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal com respeito aos servidores celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional – ou seja, empregados estatais, naturalmente regidos pela CLT (OJ 358, II, do TST).²⁹

Ao fixar a natureza jurídica do trabalho intermitente como sendo modalidade de salário por unidade de obra, os Professores Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado atraem, diretamente, doutrina e jurisprudência já consolidadas sobre o tema, em estratégia acertada para conseguir o mesmo resultado sugerido por outros autores.

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. p. 155.

Não obstante o ineditismo, o costumeiro acerto e a possibilidade de êxito da caracterização do trabalho intermitente como modalidade de salário por unidade de obra, para que se possa cumprir o objetivo do presente estudo, segue finalmente a proposta de um conceito para o instituto em análise, que estrategicamente não é coincidente com a proposta dos ilustres Professores Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado.

IV. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: conceituação jurídica

Diante de todo o exposto é possível esboçar um conceito técnico-jurídico do que seja trabalho intermitente, ou, ainda, contrato de trabalho intermitente. Estrategicamente o presente estudo partirá da distinção entre o trabalho intermitente e as demais possibilidades contratuais correlatas, já analisadas. Posteriormente seguirá análise do léxico e da lei, para que se possa, ao final, buscar as características do trabalho intermitente, que possibilitarão a elaboração de um conceito.

De início, então, as distinções mais relevantes em relação à figura analisada frente às possibilidades contratuais que lhe são correlatas, apenas para a fixação do que não pode ser considerado trabalho intermitente, conforme anteriormente sinalizado.

O contrato de trabalho em tempo parcial pressupõe necessidade de trabalho em número reduzido de horas, mas com previsibilidade e certeza em relação à necessidade imediata de trabalho, aos horários, à jornada e à duração semanal da prestação laborativa. Sendo assim, não é possível contratar trabalho intermitente para prestação laborativa previsível, em que há, por menor que seja a disponibilidade semanal de trabalho, certeza com relação aos horários e ao momento da necessidade de trabalho.

O contrato de trabalho temporário, que pressupõe terceirização, presta-se à substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Há aqui também previsibilidade e certeza em relação à imediata necessidade de trabalho, aos horários, à jornada e à duração semanal da prestação laborativa, exceção feita apenas à demanda complementar imprevisível. Sendo assim, não é possível contratar trabalho intermitente para prestação laborativa previsível, em que há certeza com relação aos horários e à necessidade imediata de trabalho.

O contrato por tempo determinado celetista pressupõe serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, atividades empresariais de caráter transitório ou contrato de experiência. Há aqui, também, previsibilidade e certeza em relação ao momento da necessidade de trabalho, aos horários, à jornada e à duração semanal da prestação laborativa. É possível, ademais, a antevisão do marco final do contrato. Sendo

assim, não é possível contratar trabalho intermitente para prestação laborativa previsível, em que há certeza com relação aos horários e ao momento da necessidade de trabalho.

Outra base para a conceituação que se pretende é o léxico. Intermitente, para HOUAISS, é situação “em que ocorrem interrupções; que cessa e recomeça por intervalos; intervalado, descontínuo.”³⁰ Possível inferir, da definição, que a essência da intermitência é a descontinuidade, a alternância entre períodos de trabalho e não trabalho, são as interrupções na necessidade da prestação laborativa e é a incerteza com relação a cada momento em que o trabalho será necessário.

Para o legislador, nos termos do § 3º do artigo 443 da CLT reformada, “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade.” Esses períodos de inatividade, conforme diz sem dizer o legislador, são determinados “[...] em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.”

Ainda no que concerne à lei, a topografia do dispositivo também deve ser relevante para a conceituação. As regras do trabalho intermitente se inserem no Título IV, “Do Contrato Individual do Trabalho”, da CLT, especificamente em seu Capítulo I, das “Disposições Gerais”. Há, então, compreensão decorrente do artigo 443 da CLT no sentido de que a “Reforma Trabalhista” estabeleceu uma nova modalidade contratual trabalhista.³¹ O *caput* do dispositivo em análise estabelece que o “[...] contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.” Em uma primeira ideia, intermitente é o trabalho que cessa e recomeça diversas vezes, alterando períodos de prestação de serviços e de inatividade, do que decorre que podem ser estabelecidos tais períodos em horas, dias, semanas ou meses.

De todo o exposto é possível listar as principais características do contrato de trabalho intermitente, ainda que, para tanto, não colabore substancialmente o legislador ordinário da reforma.

Trata-se, como explicitado, de uma modalidade contratual trabalhista. É uma nova modalidade contratual trabalhista prevista na CLT para regulamentar juridicamente situação até então não contemplada pelo ordenamento jurídico, embora razoavelmente presente no plano dos fatos.

³⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. *In*: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1.434.

³¹ Importante reafirmar o acerto, sobretudo estratégico, da fixação da natureza jurídica do trabalho intermitente como modalidade remuneratória, nos termos apresentados por Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado. Entretanto, até mesmo para apresentar uma possibilidade diversa, afirma-se aqui a natureza jurídica de modalidade contratual.

É modalidade contratual trabalhista necessariamente celetista e bilateral, sem a possibilidade de intermediação de mão de obra, pois o § 3º do artigo 443 da CLT refere-se à subordinação, ao empregado, ao empregador e sua atividade, sem espaço normativo para uma relação trilateral.

Trata-se de prestação de trabalho não eventual. O que se deve buscar para definir trabalho não eventual é, basicamente, o motivo ensejador da contratação. Se o motivo (evento) ensejador da contratação é episódico, casual, extraordinário, fortuito, então não haverá a presença do requisito em análise e, conseqüentemente, relação jurídica de emprego. Ao contrário, se o motivo (evento) ensejador da contratação é comum, corriqueiro, esperado, ordinário, então se faz presente o requisito da não eventualidade.³² Deve-se pesquisar a não eventualidade no trabalho intermitente em razão da necessidade do trabalho. É previsível que o empregador demande o trabalho intermitente, mas ele não pode antever, na admissão do empregado, quando exatamente e por quanto tempo demandará a prestação laborativa. Normalmente a previsibilidade da necessidade de trabalho estará conjugada com os fins do empreendimento, pois é esperado que a demanda decorra das atividades ordinárias desenvolvidas pelo empregador. Há aqui, então, a conjugação das teorias justralhistas do evento e dos fins do empreendimento para a definição da não eventualidade.³³

O trabalho se presta de modo descontínuo ou descontinuado, conceito que não deve ser confundido com aquele historicamente previsto para a relação doméstica. Não se trata de fixação de um número certo, previsto e determinado de dias da semana em que haverá trabalho. Não há, aqui, um dado objetivo, numérico, inserido na análise. Quando a CLT estabelece que o trabalho intermitente não é contínuo, quer significar que não se dá em datas certas, predeterminadas, ordinariamente previstas e previsíveis pelo empregador, que, entretanto, poderá requerer trabalho sempre que for necessário, havendo lapsos de prestação de serviços e de inatividade, que também não são quantificados ou quantificáveis *a priori*, quando da admissão.

O trabalho intermitente é marcado essencialmente pela incerteza do momento exato da necessidade da mão de obra e não pelo número reduzido de horas de trabalho por dia ou semana. Na nova modalidade contratual celetista tanto as interrupções quanto os momentos de prestação laborativa são, no momento da admissão, imprevisíveis em relação à data exata e à quantidade de trabalho a ser entregue. Embora não seja previsível a necessidade do trabalho, em relação à data de início e término e à quantidade exata de trabalho a ser entregue por dia, semana ou mês, é lícito supor que, na admissão, serão previstas as possibilidades de horário

³² Sobre o requisito em análise, veja ALVES, Amauri Cesar. *Direito do trabalho essencial*. São Paulo: LTr, 2013.

³³ Sobre as teorias informadoras da noção de eventualidade x não eventualidade, veja DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

de trabalho para que haja mínima segurança para o trabalhador. Assim, exemplificativamente, se e quando houver necessidade de trabalho, somente será o empregado demandado em turno (manhã, tarde, noite, exemplificativamente) previamente ajustado.

Sendo assim não é lícito contratar trabalho intermitente para trabalho em finais de semana, todos os fins de semana, exemplificativamente, uma vez que, para tal situação, a contratação trabalhista específica é a do trabalho em tempo parcial, ajustado por tempo indeterminado. Não é lícito contratar trabalho intermitente para substituição permanente de pessoal, uma vez que há certeza e previsibilidade em relação à jornada, duração do trabalho e até mesmo permanência da necessidade de prestação laborativa durante certo lapso temporal. Não é lícito contratar trabalho intermitente para demandas complementares previsíveis, como safra, temporada e outras situações de acréscimo ordinário de serviços, tendo por parâmetro o prazo de um ano, expressamente referido nas regras sobre a matéria, ainda que para outros fins. Não é lícito contratar trabalho intermitente se já é possível, na admissão do empregado, antever o marco final da necessidade de trabalho. Não é lícito contratar trabalho intermitente nas situações em que o empregador e seu empreendimento são transitórios, vista também a certeza com relação ao período de necessidade de contratação do trabalho. Por fim, não é lícito contratar trabalho intermitente para submeter o trabalhador a período de experiência.

Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções, e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

V. CONCLUSÃO

Estabelecer conceitos para institutos jurídicos novos é um desafio complexo, sobretudo quando o legislador, além de não facilitar a análise, insiste em complicar sua compreensão. Pior ainda quando os legisladores, tanto o ordinário quanto o presidencial, criam institutos jurídicos novos, com impactos amplos e nocivos, sem debate com a sociedade e sem prazo de assimilação pela comunidade jurídica, como é o caso da MPV 808/2017. Sendo assim, o instituto novo tende a ser tão ilegítimo quanto quem o construiu.

Em relação ao trabalho intermitente, como visto, há boas construções doutrinárias estrangeiras e brasileiras, estas sobretudo empreendidas após o advento da “Reforma Trabalhista” fixada pela Lei n. 13.467/2017, que fixou a compreensão básica e a aplicação

prática do instituto, sem, no entanto, estabelecer uma conceituação clara. Entender como pretendeu o legislador ver aplicado o contrato de trabalho intermitente é simples: imprevisibilidade em relação à jornada e ao salário, sem maiores restrições fático-jurídicas. Fácil também, dada a boa técnica, é compreender as teses jurídicas já publicadas que tendem a limitar ou impedir a pretensão precarizante do legislador, com destaque para Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado e para a Anamatra.

Do ponto de vista prático, ou seja, da aplicação das regras celetistas ao caso concreto, não é difícil também estabelecer limitações, ou melhor, compreender o que o trabalho intermitente não é e em que situações não é lícita sua pactuação. Não é lícito contratar trabalho intermitente para trabalho em finais de semana, todos os fins de semana, exemplificativamente, uma vez que, para tal situação, a contratação trabalhista específica é a do trabalho em tempo parcial, ajustado por tempo indeterminado. Não é lícito contratar trabalho intermitente para substituição permanente de pessoal, uma vez que há certeza e previsibilidade em relação à jornada, duração do trabalho e até mesmo permanência da necessidade de prestação laborativa. Não é lícito contratar trabalho intermitente para demandas complementares previsíveis, como safra, temporada e outras situações de acréscimo ordinário de serviços, tendo por parâmetro o prazo de um ano, expressamente referido nas regras sobre a matéria, ainda que para outros fins. Não é lícito contratar trabalho intermitente se já é possível, na admissão do empregado, antever o marco final da necessidade de trabalho. Não é lícito contratar trabalho intermitente nas situações em que o empregador e seu empreendimento são transitórios, vista também a certeza com relação ao período de necessidade de contratação do trabalho. Por fim, não é lícito contratar trabalho intermitente para submeter o trabalhador a período de experiência.

Finalmente é possível, conforme foi visto, fixar conceito do que seja contrato de trabalho intermitente no Brasil pós-“Reforma Trabalhista”. Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador, que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções, e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

REFERÊNCIAS

– ALVES, Amauri Cesar. *Direito do trabalho essencial*. São Paulo: LTr, 2013.

- ALVES, Amauri Cesar. Função capitalista do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*. ano 77, setembro de 2013. São Paulo: LTr, 2013. p. 1.067 a 1.082.
 - ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. *Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária*. Ano XXIX, n. 338, ago./2017. p. 47-74.
 - ALVES, Amauri Cesar; BASTOS, Angélica Júlia Araújo; CARNEIRO, Jacksely. Definição de Trabalho Intermitente. In: ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (org.) *Reforma trabalhista: comentários à lei 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017.
 - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/>.
 - CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.
 - COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo”. *Revista LTr*. 81-09, p. 1.087.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo, LTr, 2016.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo, LTr, 2017.
 - DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
 - HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
 - MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 520.
 - MONTOYA, Alfredo Melgar. *Derecho del trabajo*. 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.
 - NORBIM, Luciano Dalvi. *Reforma Trabalhista ao seu alcance*. Belo Horizonte: Líder, 2017.
 - SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
 - SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PPauloPaulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.